

Sandra Obermeyer

Zum rechtlichen Umgang mit Transsexualität bzw. Transidentität – insbesondere zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Transsexuellengesetz

Transsexualität und Transgender sind seit einigen Jahren im politischen und kulturellen gesellschaftlichen Diskurs präsen- te Themen. Der Spiegel berichtete über „Fehler in der Himmelsfabrik“, Thomas Beatie ging als erster schwangerer Mann durch die Medien. Politische Appelle und Initiativen für mehr Akzeptanz bezüglich der Vielfalt geschlechtlicher Identitäten nennen regelmäßig auch transsexuelle bzw. transiden- te Menschen mit. Eine gesteigerte Einsicht in die Komplexität des Phänomens Ge- schlechtszugehörigkeit zeigt auch die Kritik an zwangsweiser medizinischer Verein- deutung intersexueller Menschen. Insofern scheinen wir in punkto mehr Vielfalt im Bereich der geschlechtlichen Identität auf einem guten Weg. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Transsexuellengesetz (TSG) und auch zum Lebenspartnerschaftsrecht unterstützt diesen Befund. Besonders die Urteile des Ge- richts, in denen die Ehelosigkeit als Voraussetzung für einen Personenstandswechsel verheirateter transsexueller Menschen als unverhältnismäßiger Eingriff in das Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität gewertet und da- durch die Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Personen erlaubt wurde (BVerfG vom 27. Mai 2008) sowie die jüngere Feststellung, dass geschlechtsverändernde Opera- tionen und Unfruchtbarkeit als Voraussetzungen für einen Personenstandswechsel unverhältnismäßige Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung sein können (BVerfG vom 11.1. 2011), sorg(t)en für Aufmerksamkeit. So sehr die Urteile zu begrüßen sind, ist auch vor einer einseitigen Wahrnehmung ihrer Aussagen zu warnen, denn die Entscheidungen zeigen deutlich die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Einschrei- bungen einer heteronormativen Zweigeschlechterordnung, in deren Spannungsfeld sich das Gericht bewegt und deren Abbau sicherlich noch lange Zeit dauern wird. Der Beitrag will am konkreten Beispiel des TSG diese Maßgaben darstellen und mit besonderem Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Reformper- spektiven für die Regelung der Geschlechtszugehörigkeit vorstellen.

1. Der gesellschaftliche Zugriff auf die geschlechtliche Identität: Transsexualität als korrekturbedürftiges Phänomen im Rahmen der Zweigeschlechterordnung

Beim Thema Geschlechtszugehörigkeit geht es um gesellschaftliche Normen und Erwartungen, die insbesondere in Gestalt des Rechts eine dominante Rolle spielen. Das Phänomen Transsexualität kann in diesem Kontext als Prüfstein für die Bedeutung, die die Gesellschaft der Geschlechtszugehörigkeit beimisst, betrachtet werden. Die gel- tenden Regelungsregime zeigen, dass trotz der Rede des Bundesverfassungsgerichts da- von, dass die sexuelle Selbstbestimmung der Menschen einer der intimsten Bereiche ihrer Persönlichkeit sei (BVerfG vom 28.05.2008, 1 BvL 10/05, Rz. 37), es sich hier mitnich- ten um eine private Sache handelt. Dies liegt sicherlich auch daran, dass die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität sowohl von manchen transsexuellen Menschen selbst als auch dem Bundesverfassungsgericht als Teil des Rechtes auf Anerkennung der geschlechtlichen Identität begriffen wird.

1.1 Das TSG und das rechtsprägende Koordinatensystem aus Geschlecht, Körper und sexueller Orientierung

In Deutschland gibt es seit 1980 das sog. Transsexuellengesetz (TSG). Die so- zialpolitische Zielsetzung des TSG sollte in der Lösung von Problemen transsexueller

Personen, d.h. Menschen, die „sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfinden und unter dem Zwang stehen, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben (...)“, liegen (BT-Drs. 8/2947, S. 1 unter A. Zielsetzung). Maßgeblich befördert wurde das TSG durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der festgestellt wurde, dass die Verweigerung der Änderung des Geschlechts bei irreversibler Transsexualität persönlichkeitsrechtsverletzend sein kann (BVerfG, NJW 1979, S. 595 f.) und die restriktive Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte zu Fragen der Personenstandsänderung in diesem Bereich beendete. Auch aufgrund dieses Hintergrundes hat das TSG eine so selbstverständliche Präsenz erlangt, dass man sich ein Erstaunen darüber, warum der höchstpersönliche Bereich der Geschlechtsidentität überhaupt geregelt wird, erst wieder aneignen muss. Geht man den Fragen nach, warum das „Phänomen Transsexualität“ auf die im TSG bestimmte Weise geregelt wird und welches die gesellschaftlichen Normen, d.h. Maßstäbe für diese Normierung sind, ist zu erkennen, dass das TSG von seiner systematischen Anlage her die Zweigeschlechterordnung nachvollzieht und so als politische und reproduktive Ordnung schützt. Neben dem TSG gibt es nicht viele gesetzliche Regelungen, die ausdrücklich auf das Geschlecht Bezug nehmen; zuvörderst ist hier das Personenstandsrecht zu nennen. Dennoch sind die Geschlechtszugehörigkeit und die Unterscheidung zweier Geschlechter zweifellos politisch bedeutsame Kategorien (Hirschauer, S. 74 ff.), aufgrund der damit verbundenen Rollenbilder und Aufgabenzuweisungen. Vor allem das Familienrecht baut auf dieser Struktur auf und reproduziert sie (Plett, 2204, S. 109 ff.).

In seinem vollen Titel *„Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen“* weist das Transsexuellengesetz auf die Besonderheit seiner Regelungen hin und dass im Allgemeinen diese Zuordnung andernorts im Recht vorgenommen wird. Als sog. „große Lösung“ wird im TSG der Wechsel transsexueller Personen von einem zum anderen Geschlecht unter den Voraussetzungen der Unumkehrbarkeit des Wechsels geregelt, die bislang grundsätzlich (Ausnahmen durch die Rechtsprechung bei Frau zu Mann Transsexuellen) durch operative innere und äußere Angleichung an das andere Geschlecht und Fortpflanzungsunfähigkeit dokumentiert wird. Neben der „großen Lösung“ regelt das TSG als weitere Möglichkeit und sog. „kleine Lösung“ die Änderung des Vornamens, um den Betroffenen eine Demonstration der Zugehörigkeit zum „Wunschgeschlecht“ zu ermöglichen. Beide Wege des „Geschlechtswechsels“ sind an Voraussetzungen geknüpft, die die gesellschafts-, reproduktions- und familienpolitischen Vorstellungen der Mehrheitsgesellschaft widerspiegeln, die das Bundesverfassungsgericht jedoch mit Blick auf ihre grundrechtsverkürzenden Wirkungen zum Teil zu Fall gebracht hat (dazu unter II.).

Das TSG zeigt beispielhaft wie gleichzeitig mit der sozialpolitischen Zielsetzung der Hilfe für Betroffene die gesellschaftliche Ordnung der Geschlechter, die cartesianisch Mann und Frau unterscheidet, über das Recht (wieder-)hergestellt wird, denn Inhalt des TSG ist nach seiner Grundkonzeption der für alle sichtbare eindeutige Wechsel von *einem* zum *anderen* Geschlecht und die Vermeidung jeglicher daraus folgender „Unordnung“ in der Geschlechterordnung. Solche Unordnung liegt in der Ehe zwischen Personen des gleichen Geschlechts (BVerfG vom 27. Mai 2008) oder vice versa in Lebenspartnerschaften zwischen verschiedengeschlechtlichen Menschen (BVerfG vom 11.1.2011) und insbesondere in Störungen in der „reproduktiven Ordnung“ durch möglicherweise gebärende Männer sowie zeugende Frauen, die auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts

nur ausnahmsweise hinnehmbar seien. Als Störung einer Ordnung, in der Männer und Frauen im Rahmen einer Fortpflanzungsbeziehung aufeinander verwiesen sind, wurde lange Zeit bereits die gleichgeschlechtliche sexuelle Orientierung von Menschen betrachtet, die in Bezug auf Männer auch in Deutschland noch bis 1994 strafbewehrt war. Insofern war bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen aus der Binnenlogik des Rechtssystems die sog. äußere Geschlechtsangleichung schon deshalb erforderlich, um in einer Beziehung des transsexuellen Menschen zu einem Mann die Möglichkeit strafbaren Verhaltens nach § 175 StGB auszuschließen. Sofern diese Möglichkeit ausgeschaltet war, war ebenfalls aus der Binnenlogik des Systems heraus, die dann gegengeschlechtliche Orientierung eines Mann-zu-Frau-Transsexuellen natürlich bestätigend für das Wunschgeschlecht und wieder vollkommen „in der Ordnung“.

Der gleichsam großzügig mit den Regelungen des TSG gewährte „Beitrag der Rechtsordnung“ zur Lösung der Probleme Transsexueller ist erforderlich, da diese Rechtsordnung selbst die Probleme Transsexueller hervorbringt, indem sie von Geburt jedes Menschen an, ausgehend von bestimmten äußerlichen Merkmalen, die geschlechtsrelevant sein sollen, dessen Geschlechtszugehörigkeit staatlicherseits mit dem Personenstandsrecht als männlich oder weiblich festlegt und damit maßgeblich neben anderen sozialen Praktiken, wie insbesondere der Psychologie und der Sexualwissenschaft „Geschlecht“ in dieser Weise konstituiert und der Verfügungsgewalt des Einzelnen entzieht. Die Definition geschlechtlicher Identität ist keine Privatsache.

Welche gesellschaftliche Kontrolle und Normierungsgewalt in dem alltäglichen personenstandsrechtlichen Vorgang der Geschlechtszuweisung liegt, zeigt sich unmittelbar bei intersexuellen Menschen, die bereits bei ihrer Geburt morphologisch das normale Bild der Zweigeschlechtlichkeit sprengen, nicht erweitern, und dem sie folgerichtig zwangsweise qua Operationen wieder eingeordnet werden. Die Medizin assistiert so dem rechtlichen Bedürfnis nach Eindeutigkeit, indem ihre Akteure bemüht sind, zweifelsfreie Männer und Frauen bzw. zunächst – in der Diktion des Personenstandsrechts – Mädchen und Knaben zu schaffen, auch wenn dies mit hohen Kosten für die Betroffenen verbunden ist. Die lange Zeit unhinterfragt mittlerweile, insbesondere durch die Stellungnahme des Deutschen Ethikrates aus dem Jahr 2012, aber in die Kritik geratene angeblich zum Kindeswohl ausgeübte medizinische Praxis im Bereich der Intersexualität prägt ausgehend von der medizinischen Machbarkeit auch das Bild transsexueller Menschen und ihrer (vermeintlichen) Bedürfnisse nach normierter geschlechtlicher Eindeutigkeit. Die medizinische Machbarkeit wird wiederum von dem gesellschaftlichen und rechtlichen Bedürfnis nach klaren Verhältnissen vorangetrieben.

1.2 Körper und Geschlecht(szuschreibungen) als soziale Konstrukte

Das Recht ist dabei unbeeindruckt davon, dass diese „Entweder-Oder“-Darstellung der Geschlechtszugehörigkeit nicht zu der Erkenntnis passt, dass Geschlecht und Geschlechtsidentität „nie so simpel“ waren wie in der westlichen Welt des 20. Jahrhunderts angenommen (Plett, 2003, S. 38). Nicht nur hat die Trennung von sex und gender zu der Feststellung geführt, dass das soziale Geschlecht eine Konstruktion ist. Die kritische und dekonstruierend vorgehende Geschichte und Wissenschaftstheorie der Naturwissenschaften zeigt, dass auch das biologische Geschlecht, ja der Körper selbst, nichts Natürliches und Vorfindliches sind, das es „richtig“ zu erkennen gilt. Das „wahre Geschlecht“ eines Menschen gibt es nicht (Foucault, 1998). Wie jede wissenschaftliche Tatsache kann auch die des biologischen Geschlechts (sex) nicht als gegeben vorausgesetzt werden. Es handelt

sich um ein „Wissensobjekt“ (Foucault), dessen Behandlung und Konstruktion Ergebnis einer Vielzahl sozialer Interaktionen ist. Insofern ist das Ontologische nicht die unwandelbare Grundlage, die je spezifisch „kulturell“ überformt werden kann, sondern bereits eine normative Anweisung (Butler, 1991, S. 217; de Silva, 2008).

Auch die naturwissenschaftlichen Kategorien der Geschlechtsbestimmung sind soziale Konstruktionen, die einer bestimmten historischen und kulturellen Tradition verhaftet sind (Knoblauch 2002, S. 117 ff.).

Insofern wandeln sich die „Erzählungen der Wissenschaft“ zu Körper und Geschlecht auch im Laufe der Zeit und dieses narratologische Moment wissenschaftlicher Texte ist zu berücksichtigen.

Kommt man vor diesem Hintergrund – der sich sicher noch erweitern ließe – dazu, dass es kein „wahres“ Geschlecht gibt, das Auskunft über die geschlechtliche Identität eines Menschen gibt und aus dem diese oder jene normative Anweisungen folgen können, so kann man konstatieren: Das TSG bietet von seiner Anlage her eine Freiheit zur Selbstbestimmung in starren Kategorien von Geschlechtsidentität, die jedoch zunehmend besonders durch das Bundesverfassungsgericht aufgeweicht werden.

1.3 Subjektive Körpererfahrung als Folge und Teil der Konstrukte

Dennoch bleibt bei aller „Dekonstruktion“ bestehen, dass Körper auch eine subjektive, existentielle Dimension als konkrete „Leiberfahrung“ der Einzelnen haben (Knoblauch 2002, S. 117 ff.). Diese subjektive Seite der Körpererfahrung ist allerdings im Rahmen der diskursiven (Runte 1996) und institutionellen Geschlechtsanweisungen konstituiert. Im Rahmen dessen „kollaborieren“ die Teilnehmenden gesellschaftlicher Interaktionsprozesse bei der Konstruktion des Geschlechts (Hirschauer 1999).

Dieser „Eigenanteil“ und das Geprägtsein, von dem, was gleichzeitig beherrscht und beengt, zeigt sich ganz deutlich auch in den „Betroffenendiskursen“ zur Transsexualität, in denen als wiederkehrendes Thema jenes der „Seele im falschen Körper“ auftaucht (z. B. Der Spiegel 1/2007). Diese Selbstwahrnehmung weist den Ausweg aus dem Leiden durch eine Anpassung von Seele und Körper und genau dies ist das Modell des TSG. So wurde das TSG u. a. geschaffen, weil Menschen, die eine operative Angleichung an das Wunschgeschlecht haben vornehmen lassen, ihren Personenstand vor Schaffung des TSG nicht ändern lassen konnten (Plett 2003).

Mittlerweile hat sich das Bild transsexueller und transidenter Menschen jedoch erweitert, was sich zum einen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts widerspiegelt und zum anderen Auswirkungen auf Korrekturen und Neukonzeptionen des TSG hat bis hin zur verstärkt wahrzunehmenden Forderung nach Abschaffung des TSG als Sonderrecht für eine bestimmte Geschlechtsidentität (so z. B. der Antrag der Bundestagsfraktion DIE LINKE, BT/Drs. 16/ 12893).

2. Zur Reformbedürftigkeit des TSG: Identitätsentwürfe jenseits der bestehenden Zweigeschlechterordnung – Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

2.1 Das TSG als Hilfe zur Selbstentfaltung und Schranke der Freiheit

Das TSG ist in der BRD ein im Vergleich zu anderen Ländern frühzeitiger Versuch gewesen, den Wechsel der geschlechtlichen Identität zu regeln. Auch wenn die Gesetzesbegründung als Zweck die Hilfe für die Betroffenen angibt, wird das TSG seit langem und zunehmend unter Gesichtspunkten kritisiert, die deutlich machen, dass die rechtliche

Hilfestellung des TSG für die Betroffenen mit Zwängen und Zurichtungen verbunden ist, in denen sich die Geschlechterordnung der Gesellschaft widerspiegelt (Überblick über die Kritik bei Grünberger, 2008 m.w.N.). So werden v. a. die sog. geschlechtsangleichende Operation und die Fortpflanzungsunfähigkeit als zwingende Voraussetzungen der Personenstandsänderung als Zwangsmaßnahmen und Eingriffe in die Menschenwürde und körperliche Unversehrtheit charakterisiert, denn nicht alle transsexuellen Menschen wollen oder können diese erheblichen Eingriffe in ihren Körper vornehmen lassen und empfinden ihre geschlechtliche Identität nicht oder anders abhängig von bestimmten körperlichen Repräsentationen und Funktionen. Demgegenüber will das TSG mit der Vorgabe der dauerhaften Unfruchtbarkeit nicht nur ein vermutetes Geschlechtsbild aufgreifen, sondern ein „Auseinanderfallen von erstrebtem Geschlecht und Geschlechtsfunktion“¹ verhindern. Auch die ursprüngliche Vorgabe des TSG, für eine Personenstandsänderung bestehende Ehen auflösen zu müssen (da die Rechtsordnung bislang keine Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Personen kennt) greift in die persönliche Lebensgestaltung der Betroffenen im Interesse der gesellschaftlichen Macht- und Geschlechterordnung ein, da im Interesse des Gemeinwohls gegebenenfalls eine Scheidung verlangt wird, obwohl keine zerrüttete Partnerschaft vorliegt. Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht nun die bisherige Konsequenz des TSG, bei nicht vorliegender „großer Lösung“ aus personenstandsrechtlichen Gründen auch das Eingehen einer Lebenspartnerschaft zu verweigern als unzumutbaren Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung erklärt.

Die Voraussetzungen für die Personenstandsänderung nach dem TSG sind der kritischste Punkt des Gesetzes: Angesichts der hohen gesundheitlichen Kosten und Risiken, die geschlechtsangleichende Maßnahmen den Betroffenen auferlegen, ist die Voraussetzung geschlechtsangleichender Operationen sowie der Unfruchtbarkeit für eine Personenstandsänderung ein grundrechtsverkürzendes Konzept. Es geht nicht nur um das medizinisch, sondern auch das menschlich machbare. Dies bedeutet zugleich ein „Mehr“ und „Weniger“. Menschen sind zu mehr Uneindeutigkeit in der Lage als zum Teil angenommen und können zum Teil nur weniger als den durch die Operationen geforderten „Normalisierungsbeitrag“ (Hirschauer 1999) zahlen. Dies kann im Übrigen auch medizinische Gründe haben. Parlamentarische Vorschläge zur Reform des TSG verzichteten daher auf dieses Erfordernis (z.B. Antrag BT-Fraktion Bündnis 90/Die Grünen); auch der Referentenentwurf des Bundesministerium des Innern aus dem Jahr 2009 enthielt bereits Abschwächungen und das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 11.1.2011 diese Voraussetzungen des TSG zur Personenstandsänderung nun als unverhältnismäßigen Eingriff in die Selbstbestimmung kritisiert, sofern Menschen dadurch gehindert werden, ihre Wunschpartnerschaft einzugehen.

2.2 „Das Geschlecht eines Menschen kann sich ändern“ - Überblick über die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum TSG

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in mehreren beachtlichen Entscheidungen mit dem TSG befasst (Überblick bis 2006 bei Adamietz, 2006) und in den letzten Jahren zentrale Vorschriften des Gesetzes für verfassungswidrig und unanwendbar erklärt. Im Zentrum der Rechtsprechung steht dabei die Erkenntnis, dass das Geschlecht eines Menschen sich ändern kann und nachhaltig von der selbst empfundenen Geschlechtsidentität abhängt (so in BVerfG vom 28.5.2008, Rz. 38 und BVerfG vom 11.1.2011 Rz. 51). Von

¹ So die Begründung der Bundesregierung auf eine entsprechende Kleine Anfrage der PDS-Fraktion, vgl. BT-Drs. 14/9837 zu Frage 16 (S. 7). Wie die Entscheidung des BVerfG vom 11.1.2011 zeigt, spielt dieses Motiv nach wie vor eine wichtige Rolle.

diesem Punkt aus stärkt das Bundesverfassungsgericht stetig die persönliche Freiheit, über Geschlecht und gewünschte Geschlechtsrolle – inklusive sexueller Orientierung und Partnerschaften – individuell zu entscheiden gegenüber den Vorgaben einer gesellschaftlichen Geschlechterordnung und entwickelt seine Erkenntnisse über die persönliche geschlechtliche Identität auf der Basis eingeholten Sachverständes weiter.² Das betrifft zum Beispiel die ursprünglich vom Gesetzgeber vorgesehenen Altersgrenzen für die Inanspruchnahme der Möglichkeiten des TSG, die im Kontext der erwarteten sowie geforderten Unumkehrbarkeit der transsexuellen Entwicklung ein bestimmtes Alter als Indiz setzten (BVerfG, Beschluss vom 16. März 1982; BVerfGE 60, 123; Beschluss vom 26. Januar 1993, BVerfGE 88, 87) sowie den Ausschluss ausländischer transsexueller Menschen, die sich rechtmäßig und nicht nur vorübergehend in Deutschland aufhalten, sofern deren Heimatrecht vergleichbare Regelungen nicht kennt von der Vornamens- und Personenstandsänderung (BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2006, 1 BvL 1,12/04, FamRZ 2006, 1818). Das Bundesverfassungsgericht hat außerdem entschieden, dass eine Person bereits nach Änderung ihres Namens entsprechend ihrem neuen Rollenverständnis anzureden und anzuschreiben ist (BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 15. August 1996 – 2 BvR 1833/95; NJW 1997, 1632).

Neben solchen Entscheidungen, die den grundrechtlichen Schutz als Ausdruck von Würde und Selbstbestimmung in den Vordergrund treten lassen, haben sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch die dem TSG zugrunde liegenden Annahmen über das Phänomen Transsexualität und transsexuelle Menschen inzwischen in wesentlichen Punkten als wissenschaftlich nicht mehr haltbar erwiesen. Das betrifft insbesondere das Verhältnis von Geschlechtsrolle, sexueller Orientierung und körperlicher Repräsentation zueinander. Das Bundesverfassungsgericht kann diese Kategorien mittlerweile in unterschiedlichen Zuordnungen zueinander sehen, d.h. grundsätzlich unabhängig von einer zweigeschlechtlichen und heteronormativen Matrix. Im Gegensatz zu früherer Rechtsprechung (BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72; BVerfGE 49, 286, 287, 300) erkennt das Bundesverfassungsgericht inzwischen an, dass es bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen einen hohen Anteil von Personen mit homosexueller Orientierung gibt, und zwar unabhängig davon, ob sie sich geschlechtsverändernden Operationen unterzogen haben oder nicht. Mithin könne man nicht mehr davon ausgehen, dass die Hinwendung eines transsexuellen Menschen zum gleichen Geschlecht seine Transsexualität in Frage stellt. Damit hat das Bundesverfassungsgericht § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG, wonach gleichgeschlechtlich orientierte Transsexuelle den geänderten Vornamen verlieren, wenn sie eine Ehe eingehen, obwohl sie keine Lebenspartnerschaft eingehen können, für verfassungswidrig erklärt. Die Norm ist deshalb bis zu einer gesetzlichen Neuregelung nicht anwendbar (Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvL 3/03, FamRZ 2006, 182). Das Bundesverfassungsgericht schwächt damit die im TSG enthaltene heteronormative Automatik die mit § 7 Abs. 1 Nr. 3 erreichen sollte, dass bei Eingehung der Ehe, die durch Vornamensänderung manifestierte Geschlechtsidentität (wieder) so geändert wird, dass die Repräsentation einer nicht nur personenstandsrechtlich, sondern

² Bemerkenswert an dieser Entwicklung ist auch, dass sie vor allem ausgehend von Einzelfällen im Wege der konkreten Normenkontrolle oder der Verfassungsbeschwerde ihren Weg genommen hat und das Gericht – ebenso wie aktuell im Fall der Hartz IV-Regelsätze – angesichts konkreter Lebenswirklichkeiten eine „menschenferne“ Gesetzgebung im Sinne der Grundrechtsberechtigten korrigiert und damit in der Tat – was durchaus kritisch zu sehen ist – das Geschäft des Gesetzgebers betreibt.

auch den Namen nach verschiedengeschlechtlichen Gemeinschaft gelingt, denn nur das sei eine Ehe.

Weiterentwicklung gibt es auch bezüglich der geschlechtsangleichenden operativen Maßnahmen. Bereits in der zitierten Entscheidung aus dem Jahr 2005 wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht für die Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität das vom Einzelnen „empfundene Geschlecht“ für maßgeblich hält und nicht mehr davon ausgeht, dass das empfundene Geschlecht zwangsläufig in bestimmter Weise körperlich repräsentiert werden muss, damit von einer bestimmten Geschlechtsidentität die Rede sein kann. Hintergrund ist, dass auch die Fachwelt es bei einer weitgehend sicheren Diagnose „Transsexualität“ nicht mehr als richtig erachtet, daraus stets die Indikation für geschlechtsumwandelnde Maßnahmen abzuleiten. Dies müsse vielmehr für die einzelnen Betroffenen individuell festgestellt werden. Der Anteil von 20 bis 30 Prozent der dauerhaft Transsexuellen ohne Geschlechtsumwandlung an der Gesamtzahl der anerkannten transsexuellen Menschen zeigt, dass die Annahme, transsexuelle Menschen strebten mit allen Mitteln danach, ihre Geschlechtsmerkmale zu verändern, im Zuge der Pluralisierung des Bildes transsexueller und transgender-Identitäten nicht mehr der Wirklichkeit entspricht. Die im TSG verwirklichte These vom Durchgangsstadium, in dem sich Transsexuelle mit „kleiner Lösung“ hin zur „großen Lösung“ bewegen, verliert damit an Boden. Für eine unterschiedliche personenstandsrechtliche Behandlung von Transsexuellen mit und ohne Geschlechtsumwandlung sieht die Fachliteratur deshalb keine haltbaren Gründe mehr. Das Bundesverfassungsgericht greift diese fachlichen Erkenntnisse und Impulse auf und bewegt sich – zuletzt mit der Entscheidung vom 11.1.2011 – mit seiner Judikatur von einem homogenen Konstrukt des transsexuellen Subjekts weg und hin zu einer individuellen und pluralisierten Wahrnehmung transsexueller Menschen.

2.3 Neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum TSG: Geschlechterordnung versus geschlechtliche Selbstbestimmung (Beschlüsse vom 27. Mai 2008 und 11. Januar 2011)

Mit der Entscheidung aus dem Jahr 2008, die die Ehelosigkeit als Voraussetzung für einen personenstandsrechtlichen Geschlechtswechsel für verfassungswidrig erklärt, knüpft das Bundesverfassungsgericht an seine Rechtsprechung der Stärkung der „Geschlechtsfreiheit“ (Büchler/Cottier, 2005) an und setzt(e) weitere Impulse in der Reformdebatte. Es erkennt an, dass Menschen gleichzeitig verheiratet sein möchten (und können) und dennoch sowohl operativ wie auch personenstandsrechtlich einen Geschlechtswechsel anstreben. Sie unterwerfen sich damit nicht – wie das Bundesministerium des Inneren in bemerkenswerter Distanz zu den angesprochenen Lebensschicksalen vorträgt – mit der Ehe einer gesellschaftlichen Geschlechterordnung, die sie zwingt, sich entweder für einen personenstandsrechtlichen Geschlechtswechsel oder die Ehe als verschiedengeschlechtlich geprägte Partnerschaft zu entscheiden, wobei ihnen die damit verbundenen Opfer des Verlustes einer verbindlichen funktionierenden Beziehung und der damit verbundenen rechtlichen Absicherung, die ihnen der Gesetzgeber aufzwingt, hinnehmbar seien. Damit erteilt das Bundesverfassungsgericht zu Recht einer Auffassung die Absage, dass sich verheiratete transsexuelle Menschen für eines ihrer Grundrechte entscheiden müssten, als ob das Geltendmachen mehrerer Grundrechte eine unzulässige Anspruchshaltung sei und man sich nach dem Motto: „Das Leben ist kein Wunschkonzert“ festlegen müsse. Dennoch ist die gesellschaftliche heteronormative Geschlechterordnung in der Argu-

mentation des Gerichts deutlich sichtbar, denn es begründet sehr ausführlich, warum eine Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen PartnerInnen nur ausnahmsweise hinnehmbar sei. Sie ist es, weil die Ehelosigkeit bzw. die Scheidung eine unzumutbare Beeinträchtigung für verheiratete transsexuelle Menschen ist, die einen personenstandsrechtlichen Geschlechtswechsel anstreben, nicht weil die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe nicht mehr schützenswert sei. In diesem Zusammenhang fällt auf wie geradezu einzelfallorientiert die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts verläuft, das davon spricht, „dass konkret gelebte, unverwechselbare Beziehungen durch die Regelung in eine existentiell erfahrene Krise geführt werden.“ (BVerfG v. 27. Mai 2008, Rz. 64).

Zuvor stellt das Gericht jedoch fest, dass das gesetzgeberische Anliegen, die Ehe ausschließlich Paaren verschiedenen Geschlechts vorzubehalten, von hohem Gewicht sei und unterstützt damit das vom Bundesministerium des Inneren behauptete öffentliche Interesse daran, gleichgeschlechtliche Ehen zu verhindern. Hintergrund ist, dass zum Gehalt der Ehe „ungeachtet des gesellschaftlichen Wandels ... gehört, dass es die Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist...“ (ebda. Rz. 45).

Die Unabhängigkeit dieses Ehebildes vom gesellschaftlichen Wandel ist Konsequenz der sog. Institutsgarantie, die nach herrschender Meinung in der Verfassungsrechtslehre das Grundrecht, eine Ehe zu schließen und zu haben und die im Schutz von Ehe und Familie im Grundgesetz angelegte objektive Wertentscheidung, begleitet. Die Garantie dieses Institutes dient der herrschenden Meinung - insb. in Auseinandersetzung mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft – zunehmend der Abgrenzung zu anderen Lebensgemeinschaften als das es darum geht, dass der Gesetzgeber für eine staatlich geschützte Partnerschaft die notwendige rechtliche Infrastruktur als Institut zur Verfügung stellt.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Anliegen, die Ehe als nur verschiedengeschlechtliche Gemeinschaft zu schützen in der oben erwähnten Entscheidung von 2005 bereits darauf reduziert, dass nur die personenstandsrechtliche Verschiedengeschlechtlichkeit maßgeblich sei, so dass gleichgeschlechtlich orientierten transsexuellen Menschen ohne Geschlechtsumwandlung das Institut der Ehe folgerichtig auch offenstehe. Das ist gewissermaßen der Preis, den der Gesetzgeber dafür zahlen muss, dass er die Geschlechtszugehörigkeit letztgültig personenstandsrechtlich bestimmt, was nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht zwingend ist. Das Bundesverfassungsgericht sieht den Personenstand als einen Ausdruck der Geschlechtsidentität an, der zu anderen hinzukommt und nur aufgrund der Rechtsordnung von besonderer Bedeutung ist. Dennoch stellt auch das Bundesverfassungsgericht fest, dass eine gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft nicht beanspruchen kann, als Ehe zu gelten. Das führt aber nur dazu, dass personenstandsrechtliche gleichgeschlechtliche Paare keine Ehe schließen dürfen. Dies gilt umso mehr als ihnen das vom Bundesverfassungsgericht zunehmend gleichwertig ausgestaltete „eigene Institut“ Lebenspartnerschaft zur Verfügung steht. Sie dürfen aber – wenn die Geschlechtsänderung während der Ehe stattfindet - in ihr verbleiben, da sie sich ebenfalls auf den grundrechtlichen Schutz der Ehe berufen können. Allerdings werden diese Paare als „Verantwortungsgemeinschaft“, nicht als Ehe grundrechtlich geschützt (ebda. Rz. 70) und in ihrem Vertrauen darauf, dass ihre rechtmäßig geschlossene Ehe, wenn keine Scheidungsvoraussetzungen vorliegen, als Verantwortungsgemeinschaft Bestand hat. Damit zeigt das Bundesverfassungsgericht auf, worin sich Partnerschaften, egal ob gleich- oder verschiedengeschlechtlich ähneln, ohne dass es das Institut Ehe grundsätzlich für gleich-

geschlechtliche Paare öffnen würde. Diese Begründung spricht für eine gleichwertige Ausgestaltung von Ehe und Lebenspartnerschaft, die das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz aus dem Jahr 2002 (BVerfG vom 17.07.2002) angelegt hat und die es mit der Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung aus dem Jahr 2009 (BVerfG vom 7.7.2009) zu dem Punkt geführt hat, dass eine Privilegierung der Ehe gegenüber anderen Lebensformen nicht mehr ohne Weiteres möglich ist. Damit ebnet das Bundesverfassungsgericht den Weg dafür, Paare grundsätzlich auf die jeweils für sie vorgesehenen rechtlichen Institute Ehe oder Lebenspartnerschaft für die Absicherung ihrer Beziehung zu verweisen.

Insofern bleibt trotz der positiven Entscheidung, die einem „gleichgeschlechtlich gewordenen“ Paar das Recht auf Ehe ebenfalls zugesteht, der Begründungsaufwand für diesen Ausnahmefall bemerkenswert. Die Begründung legt dar, dass diese Ausnahmefälle einer gleichgeschlechtlichen Ehe gerade noch hinnehmbar und für die herrschende Geschlechterordnung verkraftbar seien. So führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass die an die Öffentlichkeit gerichtete „Prägewirkung des Prinzips“ Ehe als verschieden-geschlechtliche Partnerschaft in Fällen wie dem vorliegenden ohnehin schon gemindert sei, weil bereits vor der Personenstandsänderung der Eindruck einer gleichgeschlechtlichen Ehe entstanden sei (Rz. 64). An diesen Zweck der „Öffentlichkeitswirkung“ einer gleichgeschlechtlichen Ehe knüpft der Gedanke des Bundesverfassungsgerichts an, dass eine Ehe in diesen Fällen überhaupt nur zulässig sei, weil es sich letztlich nur um eine kleine Zahl Betroffener handle, die während ihrer Ehe ihre Transsexualität entdecken, so dass das der herrschenden Geschlechterordnung verschriebene Institut der Ehe als verschiedengeschlechtlicher Gemeinschaft nicht substantiell angegriffen werde, wenn auch diese Paare in der Ehe verbleiben (Rz. 72). Das bedeutet, dass die „normale“ Ehe nicht nur der Verwirklichung individueller Grundrechte der Eheleute dient, sondern über die „Prägewirkung des Prinzips“ Anteil an der heteronormativen Geschlechterordnung hat und diese stützt. Das gleichgeschlechtliche Paar, das ausnahmsweise verheiratet bleiben darf, verwirklicht ausschließlich seine Grundrechte, hat keinen Anteil an dieser Ordnung, stört sie aber nicht.

Ähnlich ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2011 zur Unzumutbarkeit geschlechtsangleichender Operationen und Unfruchtbarmachung als Voraussetzung für eine Personenstandsänderung zu sehen. Als Folge des Urteils ist für gleichgeschlechtliche Paare, von denen ein Teil die Voraussetzungen für eine Personenstandsänderung nach dem TSG nicht erfüllt und personenstandsrechtlich ohne „große Lösung“ daher als gegengeschlechtlich gilt, dennoch die eingetragene Lebenspartnerschaft die „richtige“ Beziehungsform. Die Voraussetzungen für eine Personenstandsänderung sind vom Gesetzgeber zu ändern. Interessanterweise hält das Bundesministerium des Inneren es in solchen Fällen im Interesse der Ordnungsfunktion des Personenstandsrecht für zumutbar, dass die Betroffenen eine Ehe eingehen, obwohl es – siehe die Entscheidung von 2008 – gilt, den Anschein einer Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Personen zu vermeiden.

Das Bundesverfassungsgericht hingegen meint, dass mit dem Verweis auf die Ehe als Möglichkeit, seine Partnerschaft rechtlich abzusichern, Transsexuelle mit sogenannter „kleiner Lösung“ und gleichgeschlechtlicher Orientierung rechtlich und nach außen erkennbar in eine Geschlechterrolle verwiesen werden, die ihrer selbstempfundenen widerspricht. Zugleich wird die Transsexualität offenkundig. Dies entspricht nicht dem Gebot des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG auf Anerkennung der selbststemp-

fundenen geschlechtlichen Identität eines Menschen und auf Schutz seiner Intimsphäre (BVerfG vom 11.1.2011 Rz. 56).

Bezüglich der gesellschafts- und familienpolitischen Aspekte der Unfruchtbarkeit als Voraussetzung der Personenstandsänderung führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass der Gesetzgeber ein berechtigtes Anliegen verfolge, wenn er mit der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts ausschließen will, dass rechtlich dem männlichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder gebären oder rechtlich dem weiblichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder zeugen, weil dies dem Geschlechtsverständnis widerspräche und weitreichende Folgen für die Rechtsordnung hätte (ebda., Rz. 70). Allerdings dürften solche Fälle, in denen Geschlecht und „Geschlechtsfunktion“ auseinander fallen tatsächlich insb. aufgrund der üblichen Hormonbehandlungen und ihrer Auswirkungen auf die Fruchtbarkeit eher selten vorkommen. D.h. dass das Gericht ebenso wie im Fall der „gleichgeschlechtlich gewordenen Ehe“ in der Entscheidung aus 2008 ein quantitatives Argument ins Feld führt und darlegt, dass es sich um Ausnahme-, nicht Regelfälle handelt. Dem berechtigten Anliegen, Kinder ihren biologischen Eltern auch rechtlich so zuzuweisen, dass ihre Abstammung nicht im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückgeführt wird, trage das TSG bereits dadurch Rechnung, dass im Geburtseintrag des Kindes der Vorname des transsexuellen Elternteiles einzutragen ist, der vor seiner Namensänderung nach § 1 TSG rechtlich maßgebend war.

Auch hier gibt das Bundesverfassungsgericht dem individuellen Grundrechtsschutz den Vorzug, ohne jedoch die gesellschaftspolitische Dimension seiner Entscheidungen aus den Augen zu verlieren. Es wird auch vom Bundesverfassungsgericht nicht angestrebt, dass es möglicherweise gebärende Männer oder zeugende Frauen gibt.

2.4 Reaktionen des Gesetzgebers – Gesetzgeberisches Flickwerk

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigen seit Jahren die Reformbedürftigkeit des TSG auf und setzen den Gesetzgeber durch Vorgaben zur verfassungsgemäßen Ausgestaltung des Transsexuellenrechts unter Zugzwang. Neuentwürfe zum Transsexuellenrecht, die die Vorgaben und Impulse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aufgreifen aus dem parlamentarischen Raum, liegen seit längerem vor und haben 2007 in eine ExpertInnenanhörung im Innenausschuss des Bundestages geführt (Anhörung am 28.2.07, Protokoll 16/31). Die Antworten des Gesetzgebers bleiben bislang jedoch Stückwerk, obwohl die Bundesregierung bereits vor zehn Jahren wichtige Eckpunkte einer Reform genannt hat (Anfrage Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 14/7835). Im Jahr 2009 legte das BMI einen ReferentInnenentwurf zur Reform des TSG vor, der zwar Verbesserungen enthielt, zugleich aber viele Vorannahmen zur Transsexualität wieder reproduzierte und daher durchaus kritikwürdig ist. Im parlamentarischen Verfahren schaffte die große Koalition es nur, die Voraussetzung der Ehelosigkeit nach dem eindeutigen Verdikt des Bundesverfassungsgerichts aus dem TSG zu streichen (BT-Drs. 16/13157). Was die derzeitige Bundesregierung außer Reaktionen auf die Urteile des Bundesverfassungsgerichts politisch gestalterisch unternimmt, ist schwer zu prognostizieren.

Dass bisher nur „das Nötigste“, sprich: Verfassungswidrige korrigiert wird, liegt sicherlich auch daran, dass das TSG mit seinem Bezug auf die gesellschaftliche Geschlechterordnung deren Grundfesten berührt und Veränderungsängste auslöst, die sich auch an Themen wie dem Adoptionsrecht für gleichgeschlechtliche Paare beobachten lassen.

3. Ausblick

Transgender ante portas? (Adamietz, 2006) Kaum; auch das Bundesverfassungsgericht hält die zweigeschlechtliche Konzeption des TSG aufrecht und arbeitet sich an der gesellschaftlichen Dimension von Geschlecht und Geschlechterrolle ab. Erkennbar ist jedoch mit dem Abstellen auf das empfundene, nicht das zugewiesene, von bestimmten Repräsentationen abhängige Geschlecht die starke Orientierung des Bundesverfassungsgerichts an der Grundbedeutung der Grundrechte, Freiheitsräume für Einzelne zu eröffnen entgegen der Tendenz den Grundrechtsschutz insbesondere im Wege der Garantie eines unveränderlichen gesellschaftspolitisch relevanten Instituts nur einer Mehrheit zu garantieren und Einzelnen vorzuenthalten. Allerdings bewegt sich das Bundesverfassungsgericht dabei auf vorgezeichneten Bahnen und treibt hohen Argumentationsaufwand, um darzulegen, dass die herrschende Geschlechterordnung nicht oder nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt wird. Auch der Gesetzgeber gerät durch die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts immer mehr unter Zugzwang. Festzuhalten bleibt, dass das Grundgesetz im Sinne einer Werteordnung des Pluralismus, auch bezüglich der Lebensformen, zu interpretieren ist. Es geht politisch darum, aus grund- und menschenrechtlicher Sicht Frei Räume für verschiedene Identitätsentwürfe zu schaffen. Für das TSG bedeutet das, dass es im Einklang mit sich wandelnden gesellschaftlichen Vorstellungen von unzumutbaren Vorgaben für das, was „männlich“ und „weiblich“ ist und wie Männer und Frauen in bestimmter Weise aufeinander verwiesen sind, gelöst werden muss. Das Bundesverfassungsgericht hat den Weg dorthin geebnet. Für Identitätsentwürfe jenseits einer Zweigeschlechterordnung ist das TSG nach derzeitiger Konzeption ohnehin das falsche Vehikel.

Literatur

- Adamietz, Laura, Transgender ante portas. Anmerkungen zur fünften Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität (Bundesverfassungsgerichts-Beschluss vom 6.12.2005 – 1BvL 3/03), Kritische Justiz, S. 368-381.
- Butler, Judith, Das Unbehagen der Geschlechter, 1. Auflage Frankfurt am Main 1991.
- Büchler, Andrea/Cottier, Michelle, Intersexualität, Transsexualität und das Recht – Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption, Freiburger Frauen Studien, Queering Gender – Queering Society, 2005, S. 115-140.
- de Silva, Adrian, Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht: Eine queere Analyse der Regulation des Geschlechtswechsels im Vereinigten Königreich, Kritische Justiz, 2008, S. 266-271.
- Foucault, Michel, Das wahre Geschlecht, in: Schäffner, Wolfgang/Vogl, Josef (Hrsg.), Gender Studies, Über Hermaphroditismus, Der Fall Barbin, Frankfurt am Main 1998, S. 7-19.
- Foucault, Michel, Der Wille zum Wissen, Sexualität und Wahrheit I, Frankfurt am Main 1983.
- Grünberger, Michael, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ (Das Standesamt) 2007, S. 357-368.
- Grünberger, Michael, Die Reform des TSG: Großer Wurf oder kleine Schritte, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer, Transsexualität und Intersexualität. Medizinische, ethische, soziale und juristische Aspekte, Berlin 2008.

- Hirschauer, Stefan, Die soziale Konstruktion der Transsexualität. Über die Medizin und den Geschlechtswechsel, 2. Auflage Frankfurt am Main 1999.
- Knoblauch, Die gesellschaftliche Konstruktion von Körper und Geschlecht, in: Hahn/Meuser (Hrsg.), Körperrepräsentationen. Die Ordnung des Sozialen und der Körper, Konstanz 2002, S. 117-137.
- Plett, Konstanze, Intersexuelle – gefangen zwischen Recht und Medizin, in: Koher/Pühl (Hrsg.), Gewalt und Geschlecht, Opladen 2003, S. 21-41.
- Plett, Konstanze, Das unterschätzte Familienrecht. Zur Konstruktion von Recht durch Geschlecht, in: Koreuber, Mechthild/Mager, Ute (Hrsg.), Recht und Geschlecht, Baden-Baden 2004, S. 109-121.
- Runte, Anette, Diskurse der Transsexualität, München 1996.